

LUCA MANNORI, *Immagini dell'antico regime nella giuspubblicistica ottocentesca italiana*, in «Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento» (ISSN: 0392-0011), 16 (1990), pp. 93-120.

Url: <https://heyjoe.fbk.eu/index.php/anisig>

Questo articolo è stato digitalizzato dal progetto ASTRA - *Archivio della storiografia trentina*, grazie al finanziamento della Fondazione Caritro (Bando Archivi 2021). ASTRA è un progetto della Biblioteca Fondazione Bruno Kessler, in collaborazione con Accademia Roveretana degli Agiati, Fondazione Museo storico del Trentino, FBK-Istituto Storico Italo-Germanico, Museo Storico Italiano della Guerra (Rovereto), e Società di Studi Trentini di Scienze Storiche. ASTRA rende disponibili le versioni elettroniche delle maggiori riviste storiche del Trentino, all'interno del portale [HeyJoe](#) - *History, Religion and Philosophy Journals Online Access*.

This article has been digitised within the project ASTRA - *Archivio della storiografia trentina* through the generous support of Fondazione Caritro (Bando Archivi 2021). ASTRA is a Bruno Kessler Foundation Library project, run jointly with Accademia Roveretana degli Agiati, Fondazione Museo storico del Trentino, FBK-Italian-German Historical Institute, the Italian War History Museum (Rovereto), and Società di Studi Trentini di Scienze Storiche. ASTRA aims to make the most important journals of (and on) the Trentino area available in a free-to-access online space on the [HeyJoe](#) - *History, Religion and Philosophy Journals Online Access* platform.

Nota copyright

Tutto il materiale contenuto nel sito [HeyJoe](#), compreso il presente PDF, è rilasciato sotto licenza [Creative Commons](#) Attribuzione–Non commerciale–Non opere derivate 4.0 Internazionale. Pertanto è possibile liberamente scaricare, stampare, fotocopiare e distribuire questo articolo e gli altri presenti nel sito, purché si attribuisca in maniera corretta la paternità dell’opera, non la si utilizzi per fini commerciali e non la si trasformi o modifichi.

Copyright notice

All materials on the [HeyJoe](#) website, including the present PDF file, are made available under a [Creative Commons](#) Attribution–NonCommercial–NoDerivatives 4.0 International License. You are free to download, print, copy, and share this file and any other on this website, as long as you give appropriate credit. You may not use this material for commercial purposes. If you remix, transform, or build upon the material, you may not distribute the modified material.



Immagini dell'antico regime nella giuspubblicistica ottocentesca italiana

di *Luca Mannori*

1. Studiare l'immagine dello Stato d'antico regime che emerge dalla giuspubblicistica ottocentesca non costituisce, per lo storico del diritto di oggi, solo un esercizio erudito, destinato ad aggiungere un piccolo colpo di pennello a quel quadro del pensiero giuridico del secolo scorso che la storiografia degli ultimi decenni va ricomponendo. Gli orientamenti dottrinari dell'Ottocento hanno infatti condizionato profondamente l'atteggiamento della stessa storiografia giuridica nei confronti degli ordinamenti pubblici dell'età moderna, ed in parte lo condizionano ancor oggi. Ciò probabilmente perché i modelli di ricostruzione storica proposti dai giuspubblicisti dell'altro secolo costituivano parte integrante o premessa indispensabile di quella dogmatica dello Stato ottocentesco che solo in tempi recenti la dottrina ha cominciato a mettere in questione seriamente, promuovendo così le condizioni per una sua storicizzazione.

Non v'è dubbio, invero, che le rappresentazioni delle società politiche anteriori alla Rivoluzione, frequentemente ricorrenti nelle pagine dei giuristi – anche se magari evocate soltanto con un cenno fugace –, sono molto spesso un tassello necessario della loro stessa costruzione giuridica, destinate perciò a stare e a cadere con essa. Caratteristica comune a tutta la giuspubblicistica ottocentesca è l'esigenza di 'ambientare' storicamente il suo modello di statualità, collocandolo contro uno sfondo prospettico che ne ponga in risalto determinati caratteri essenziali. Ed è appunto in quanto solidali con concezioni dello Stato fortemente radicate nella coscienza intellettuale delle *élites* e dotate di notevole dignità scientifica che questi 'fondali', pur appena abbozzati dalla penna del giurista, acquistano una stabilità capace di condizionare l'opera dello storico giuridico 'di professione'; il quale assai di frequente si è limitato, nel campo del diritto pubblico, a convalidare ed a precisare, col suo

Il presente saggio comprende il testo della relazione tenuta dal dott. Luca Mannori in occasione della XXIX settimana di studio organizzata dall'Istituto storico italo-germanico in Trento, nel settembre 1988 sul tema: «Il Moderno nell'Ottocento in Germania e in Italia: immagini, modelli e miti fra due popoli».

bagaglio erudito, un'immagine dalle linee già tracciate. Ancora oggi, del resto, i maggiori giuristi dimostrano spesso una capacità di interrogarsi sul 'significato' dei grandi istituti che la storiografia specialistica raramente possiede¹.

Ognuna delle ricostruzioni teoriche dello Stato contemporaneo proposte dalla dottrina rinvia, in effetti, ad una sua specie di 'controfigura' storica collocata nel periodo immediatamente precedente. Tanto che possiamo costruire il nostro breve *excursus* passando in rassegna i principali modelli dogmatici utilizzati nel corso dell'Ottocento italiano per dar conto delle istituzioni pubbliche esistenti, ed osservare volta per volta come si modifica l'immagine retrospettiva dello Stato d'antico regime che vi si sottende. Come vedremo, si tratta di un percorso che finisce per chiamare in causa anche lo storico ed il giurista di oggi, costringendolo a confrontarsi con aspetti importanti della propria stessa identità culturale.

2. Come punto di partenza del nostro giro d'orizzonte non sembra improprio scegliere la costituzionalistica del triennio 'giacobino' '96-'99: la quale, benché confinata ancora cronologicamente entro il secolo XVIII, costituisce senz'altro il punto d'inizio del cammino dottrinale ottocentesco proprio nel denunciare la grande cesura del tempo storico segnata dalla Rivoluzione.

Tutta la pubblicistica del triennio è concorde nell'adottare a grandi linee un medesimo tipo di atteggiamento nei confronti dell'antico regime: proclamando, cioè, da un lato la stretta continuità ideologica del nuovo presente con il filone 'critico' dell'illuminismo franco-italiano, ed enfatizzando al massimo, per converso, la gravità della 'rottura' rivoluzionaria con gli assetti istituzionali anteriori all'89. Il tema generale su cui si costruisce il rapporto storico antico-nuovo regime è quello della contrapposizione dispotismo-libertà, che rappresenta un denominatore comune a tutti quanti i protagonisti del dibattito politico di questi anni. È tuttavia indubbio che, a seconda dell'idea di dispotismo e di libertà

¹ Si pensi esemplarmente al contributo di Massimo Severo Giannini, dai notissimi *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* del 1940 (ora in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», II, 1973, pp. 179 ss.) al *Corso di diritto amministrativo*, Milano 1965, alle numerose voci enciclopediche ricche di preziosi riferimenti storici, fino a *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna 1986.

che ciascuno si costruisce, la relazione tra presente e passato tende a configurarsi in modo diverso.

Moltissimi pubblicisti nostrani del triennio continuano infatti ad aderire ad una nozione di libertà politica dai contenuti puramente empirici, non diversa da quella circolante nella trattatistica politica pre-rousseauiana. Chi scorra i testi presentati nel '96 all'Amministrazione provvisoria della Lombardia, in occasione del famoso concorso su «Quale dei governi liberi meglio convenga alla felicità dell'Italia»², si accorge subito che la maggior parte dei partecipanti non fonda per niente il proprio argomento su quello che in Francia è ora da tutti riconosciuto come il nuovo postulato di base dell'edificio politico: sulla norma, cioè, che statuisce l'assoluta inalienabilità del potere da parte del popolo sovrano. La stessa, unanime preferenza per il governo democratico-rappresentativo espressa dai concorrenti (con correlativa tendenziale approvazione delle forme istituzionali proposte dalla costituzione dell'anno III) non consegue ancora alla presa di coscienza di un principio di legittimazione *a priori* incompatibile con altre strutture di potere, ma ad un complesso di argomenti pratici o di considerazioni moralistiche che indicano nella democrazia rappresentativa una forma di reggimento preferibile ad altre sul piano dei suoi effetti³. L'idea implicita comune alla maggioranza di questi saggisti è proprio quella che uno di essi iscrive in epigrafe al suo contributo, secondo la quale il miglior governo è in ogni caso quello meglio governato⁴. I vizi pur generalmente imputati alle istituzioni anteriori alla Rivoluzione, e denunciati con tutta l'enfasi propria del costume d'allora, si risolvono sempre in distorsioni – magari gravissime – della macchina governamentale, che si propone di correggere rimanendo sul terreno dell'ingegneria costituzionale, senza bi-

² A. SATTI (ed), *Alle origini del Risorgimento italiano: i testi di un «celebre» concorso*, Roma 1964.

³ Così per tutti Melchiorre Gioia, vincitore del concorso, che essendosi messo alla ricerca di quella forma di governo in cui «non abbiansi a temere né gl'effetti dell'ignoranza, né le risoluzioni precipitose, né le determinazioni del capriccio, né gl'eccessi delle passioni» (*Alle origini del Risorgimento*, cit., II, p. 19), dichiara di prescegliere il governo rappresentativo proprio perché meno corruttibile di tutti gli altri.

⁴ Si tratta di Francesco Reina, che indica nel celebre verso di Pope la massima suprema della saggezza giuspolitica (*Alle origini del Risorgimento*, II, p. 415). Su questa stessa linea pare collocabile senz'altro anche il Carlo Botta 'giacobino', che, per quanto proponesse di accentuare, in Italia, il carattere 'democratico' delle istituzioni francesi, ciò faceva sulla base di argomenti empiristici di vago sapore montesquiviano, che probabilmente a torto sono stati scambiati talvolta con un presentimento di storicismo.

sogno di ripensare *ab imis* le categorie di un diritto pubblico ancora fedele, in fondo, alla tradizione giusnaturalista.

A fronte di questo atteggiamento di relativa misconoscenza della grande novità proposta dall' 89 troviamo invece una quantità di altri pubblicisti che hanno compreso perfettamente il vero carattere della rottura rivoluzionaria, consistente nel superamento dello schema dualistico governanti/governati che trovava espressione nel contrattualismo tradizionale, e nell'affermazione del necessario protagonismo politico del 'popolo'. Nel discorso politico di uomini come Vincenzio Russo o Matteo Galdi il tema della sovranità popolare – filtrato attraverso l'esperienza montagnarda – acquista il ruolo di unico principio possibile di validazione dell'ordinamento e si salda con l'essenza e la ragione stessa del movimento rivoluzionario. D'altra parte, l'intransigenza ideologica di questi patrioti li porta subito a denunciare le istituzioni rappresentative ed implicitamente il concetto medesimo di costituzione, che ne costituisce la forma immanente. Ad un passato di schiavitù non si contrappone tanto un presente compromissorio, in cui la sovranità popolare si realizza in forme mediate e quanto mai imperfette, ma un prossimo futuro che la vedrà compiutamente inverata⁵. Il binomio dispotismo-libertà costituisce ora più che mai lo schema interpretativo della realtà storica, ma il passaggio dall'una all'altra condizione viene presentato come un processo in corso di svolgimento, di cui la rappresentanza politica costituisce solo un momento di trapasso.

Accanto a questo secondo tipo di atteggiamento, se ne può isolare ancora un terzo, consistente nell'assegnare al principio della sovranità popolare il ruolo di 'norma fondamentale' del nuovo ordinamento, asserendo però al tempo stesso la sua piena conformità agli assetti costituzionali importati d'oltralpe. Condivisa dalla parte più consapevole del giacobinismo italiano, (si pensi per tutti a Mario Pagano), questa posizione trova la sua giustificazione giuridica forse più puntuale nell'opera del ferrarese Giuseppe Compagnoni.

Pur non presentando un pensiero particolarmente acuto o originale, Compagnoni fu infatti il solo, tra tanti contemporanei certo non meno

⁵ Russo, com'è noto, non esitava a considerare la «rappresentanza legislativa» non «meno difforme dalla natura umana di quel che sia ogni più irregolare forma di regime», ma si dichiarava disposto a sopportarla provvisoriamente come un male necessario fintanto che il popolo, abbruttito da secoli di schiavitù, non avesse riacquisito una reale capacità di autogoverno; cfr. D. CANTIMORI (ed), *Giacobini italiani*, Bari 1956, I, p. 391.

pensosi, a rivestire per breve periodo i panni del giurista 'accademico' nel corso di quegli anni turbolenti⁶: il che lo obbligò ad esplicitare in forma organica certi presupposti teorici del sistema rappresentativo condivisi presumibilmente da strati consistenti della cultura politica coeva. Fin dal loro impianto, gli *Elementi di diritto costituzionale democratico*⁷ rivelano esplicitamente il loro debito enorme nei confronti della filosofia politica rousseauiana, correttamente assunta a momento fondante della nuova struttura ordinamentale. Il trattato compagnoniano si presenta in effetti come una sorta di commento – intelligente ed attento – del *Contract social*, in cui la regola della inalienabilità del potere popolare vede confermata in pieno la sua dignità di nuovo 'dogma' del moderno sistema costituzionale. Solo nelle ultime pagine del volume Compagnoni si discosta in maniera decisa dal verbo rousseauiano, dichiarando però di volerlo più superare che contraddire; e ciò appunto attraverso la proposizione di una nuova forma di governo, sconosciuta al ginevrino come pure a tutto quanto il pensiero politico d'antico regime – quella democratico-rappresentativa⁸. Il ragionamento, che si svolge seguendo i binari del coevo costituzionalismo rivoluzionario moderato francese, mira a dimostrare che nell'affidare la funzione legislativa ad una assemblea di rappresentanti i sottoscrittori del patto sociale non consumano alcuna alienazione della loro originaria libertà politica, ma la esercitano anzi nel modo per loro più proficuo. La prova di questo asserto viene offerta da Compagnoni portando a maturazione la contraddizione latente a tutta la teoria del *Contract* – cioè la problematica identificazione tra volontà generale e volontà di tutti. Una volta ammesso che la volontà generale, cioè la 'vera' volontà politica del popolo sovrano, non coincide in maniera meccanica con la somma delle volontà individuali dei componenti il corpo sociale, ma è invece un'idea astratta ed 'oggettiva', che richiede sempre, per sua natura, di essere 'scoperta' tramite una attenta ricerca collettiva: niente osta, allora, ad affidare questa indagine della volontà sociale, e la sua correlativa dichiarazione, ad un

⁶ Egli tenne infatti, nel 1797, un corso di «diritto costituzionale cispadano e giuspubblico universale» in Ferrara, attivato grazie all'interessamento della Amministrazione centrale del Ferrarese. Sulle vicende di questa cattedra e più in generale sul pensiero giuridico compagnoniano cfr. I. MEREU, *Giuseppe Compagnoni primo costituzionalista d'Europa*, Ferrara s.d.

⁷ Ferrara 1797: recentemente ripubblicati due volte, rispettivamente a cura di I. MEREU - D. BARBON in anastatica (Bologna 1985) e di S. MASTELLONE (Firenze 1988), con introduzione dei curatori.

⁸ A cui è intitolato appunto l'ultimo capitolo dell'opera.

gruppo di «funzionari fiduciari», che per le loro specifiche capacità intellettuali serviranno il popolo assai meglio di quanto esso potrebbe fare da se stesso. L'unico problema consiste nel garantirsi della loro affidabilità; nel fare in modo, cioè, che essi ricerchino ed «annunzino» veramente la volontà comune, senza far prevalere su di essa la propria volontà particolare. Di ciò si deve far carico appunto la costituzione dello Stato, fissando le condizioni empiriche per la miglior corrispondenza possibile tra volontà generale (distinta da quella effettiva del corpo elettorale) e volontà dei rappresentanti.

Siamo ad un passo dalla erezione della rappresentanza legislativa in 'organo' del corpo sociale e dalla contestuale assegnazione della sovranità non più al 'popolo' come serie di individui, ma alla *nation* come insieme di funzioni sociali: dottrina che ha già trovato del resto nel corso della Rivoluzione le sue prime enunciazioni consapevoli⁹ e che sarà destinata ad enorme fortuna nell'ambito del costituzionalismo ottocentesco francese – da Destutt de Tracy a Pellegrino Rossi, da Hello fino a Carré de Malberg¹⁰. Essa consente di sviluppare tutta una nuova ed originale teoria dello Stato, che pur contrapponendosi formalmente al contrattualismo e all'individualismo politico del Settecento, ne conserva al centro il più genuino precipitato storico – l'idea, ripetiamo, di una necessaria identificazione giuridica tra coloro che esercitano il potere e coloro che ne sono destinatari.

Sotto il profilo che a noi interessa, una volta chiarito che la condizione necessaria e sufficiente di questa identificazione è l'esistenza di una costituzione rappresentativa, ne consegue la partizione fondamentale tra forme di Stato legittime o libere, in cui l'esercizio del potere legislativo è esercitato dal popolo stesso, ancorché in maniera costituzionalmente mediata, e forme di Stato illegittime o dispotiche, in cui l'esercizio del potere legislativo è delegato ad un soggetto distinto rispetto alla gene-

⁹ Si pensi soprattutto a Sieyès (sul quale da ultimo cfr. J.D. BREDIN, *Sieyès, la clé de la Révolution française*, Paris 1988), che resta certo il rappresentante più significativo dell'ideologia giuspolitica dei costituenti.

¹⁰ Al quale ultimo va il merito di aver offerto la sintesi conclusiva, di questo grande motivo ideologico nei due volumi della *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris 1920, indicando correttamente nel concetto di «souveraineté nationale» la 'via francese' alla costruzione della personalità giuridica dello Stato (su Carré, e sul suo porsi come punto d'arrivo di tutta un'ideologia dello Stato inaugurata nell'89, cfr. M. GALIZIA, *Il «positivisme juridique» di Raymond Carré de Malberg*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», II, 1973, pp. 49 ss.).

ralità dei consociati ¹¹. A quest'ultimo modello corrispondono tutti i governi previgenti all' 89 ed ancora esistenti nella maggior parte dei Paesi europei contemporanei – Compagnoni ne offre un elenco ragionato in un capitolo del suo libro – il cui studio serve al costituzionalista solo per cogliere meglio la specificità del governo rappresentativo attuale ¹².

Fondata tutta sul presupposto che il valore supremo sia quello della libertà politica, questa costruzione non riesce a nascondere però come nel modello dello Stato postrivoluzionario entrino in gioco anche altri, e forse più decisivi valori, il cui riconoscimento potrebbe portare ad una diversa interpretazione della statualità d'antico regime. In effetti, il distinguo tra governi liberi e non, una volta riconosciuto che la democrazia diretta costituisce tutt'al più un punto di riferimento ideale, tende per forza di cose a sfumare. Accentuando i profili oggettivistici del concetto di volontà generale, ci si trova subito di fronte all'ostacolo che anche il 'despota' pretende di interpretarla efficacemente (e certe volte, riconosceva già lo stesso Compagnoni, ci riesce benissimo, «o per naturale suo accorgimento, o per lo studio de' suoi consiglieri») ¹³, candidandosi esso stesso al ruolo di 'rappresentante' del suo popolo, come aveva voluto Hobbes. Il confine tra la libertà e la servitù, tra antico e moderno, passa allora attraverso le tecniche con cui viene designato l'effettivo portavoce della volontà generale: cioè torna a porsi sul terreno dell'empiria politica e perde ogni nettezza di profilo.

¹¹ Facendo incondizionatamente propri gli argomenti di Rousseau, Compagnoni esclude infatti la legittimità di ogni patto tra popolo e principe avente ad oggetto l'esercizio della sovranità: «vi sono delle persone dottamente imbecilli, le quali di buona fede credono anche oggi che la sovranità possa esercitarsi per delegazione. Si contentano esse di confessare che il potere legislativo emana ordinariamente dal popolo; ma ripetono che il popolo lo demanda ad uno o più», come dal medioevo fino ai giusnaturalisti moderni si era sempre insegnato. In realtà, «questo genere di governo, se può chiamarsi veramente governo, dicesi *Dispotismo*, e *Despota* colui che lo esercita» (*Elementi*, pp. 166-167 dell'ed. fiorentina).

¹² Si noti che il dispotismo non è, secondo Compagnoni, una 'forma di governo' nel senso tecnico che l'espressione aveva assunto nella prosa di Rousseau – cioè uno specifico modo di atteggiarsi del solo potere esecutivo. Caratteristica del despota è infatti di «incorporare in sé medesimo l'esercizio della sovranità, cioè del potere di far le leggi e il potere esecutivo ... confondendo insieme queste cose»: il che lo distingue profondamente dal monarca, il quale è semplicemente il magistrato monocratico a cui, in uno Stato legittimo, viene affidato l'esercizio dell'esecutivo. Per quanto non vi si trovi ancora perfettamente esplicitata, la distinzione tra forme di Stato e forme di governo è già contenuta *in nuce* nel discorso compagnoniano.

¹³ Ed. cit., p. 235.

Il fatto è che parlando di 'libertà' il modello or ora descritto già esprimeva qualcosa di diverso e di più profondo. Affermare infatti il necessario protagonismo formale della volontà popolare costituiva essenzialmente un modo figurato per sottolineare l'unità e la coesione dell'organismo statale, capace ora di esprimersi attraverso una sua 'voce' propria e sintetica, di contro all'epoca precedente in cui lo Stato non era altro che una costellazione di comunità e di corpi riuniti sotto lo scettro di un unico principe e del tutto incapaci di fondersi in un 'volere' comune.

E già la rapida involuzione subita dagli ordinamenti costituzionali francesi nel corso dell'età napoleonica dimostrò in effetti che la libertà politica non poteva costituire affatto l'univoca cifra di riconoscimento del presente rispetto al passato. Una volta pure, infatti, che già sotto l'Impero la forma di governo, bruciando tutte le tappe intermedie, aveva riassunto l'aspetto di una monarchia pressoché assoluta, il nuovo Stato non si era certo riallineato ai modelli previgenti, ma aveva mantenuto rispetto ad essi una serie di evidenti e macroscopiche peculiarità.

In Francia, ove le costituzioni formali vennero comunque conservate per tutto il corso del secolo, il pensiero liberale poté salvare la continuità con l'89 continuando ad affidarsi ad un concetto di carattere eminentemente 'costituzionale' come quello di *souveraineté nationale*. Attraverso questa formula si finì in sostanza per indicare nella perfetta impersonalità del potere la grande novità del secolo rispetto al previgente regime. E siccome un potere perfettamente impersonale, tale da poter essere attribuito soltanto allo Stato come soggetto giuridico astratto, è anche un potere perfettamente unitario, da ciò si ricavava *de plano* un'immagine del territorio come spazio omogeneo, su cui ricadeva uniformemente l'attuazione della volontà politica centrale, indirizzandosi ad una massa di consociati del tutto fungibili tra loro ¹⁴.

In Italia, al contrario, i sovrani restaurati all'indomani del 1814 erano tornati ad essere in tutto e per tutto ciò che erano prima della calata dei francesi. Il terreno costituzionale, cioè, non offrì, fino al 1848, alcun

¹⁴ Cfr. per tutti P. ROSSI, *Cours de droit constitutionnel professé à la faculté de droit de Paris*, in *Oeuvres complètes de P. Rossi*, Paris 1866-67, t. I, pp. 90 ss. Da queste premesse discende subito la presentazione dell'attività amministrativa come 'attuazione di legge' caratteristica di un po' tutto il pensiero amministrativistico ottocentesco francese (tra i tanti cfr. ad es. M.A. VIVIEN, *Études administratives*, Paris 1852, t. I, p. 5 ss.: «le législateur dispose et dans les choses qui la concernent l'administration applique ... La loi ordonne et l'agent lui prête son bras» ecc.).

appiglio per differenziare il presente dal passato. Il che pose i giuristi degli Stati preunitari nell'alternativa o di dichiarare una ricostituita identità con l'antico regime o di definire il significato della 'rottura' in modo diverso.

I giuristi della Restaurazione si orientarono in genere per questa seconda soluzione. Era infatti innegabile che lo Stato postrivoluzionario costituiva un'entità del tutto diversa da quello di prima, non tanto per il corredo più o meno accidentale di una carta costituzionale, quanto per i suoi nuovi codici – che, indicando ora nello Stato l'autore di tutto il diritto, rovesciavano il suo rapporto tradizionale con esso, senza costringerlo più a cercare la propria definizione in un diritto comune originario, a lui precedente –, e soprattutto per il suo apparato amministrativo uniforme, ovunque mantenuto al ritorno dei vecchi sovrani¹⁵. Questo complesso di novità non presupponeva affatto, evidentemente, di raccordarsi ad un'immagine della Rivoluzione come origine dell'era della libertà e negazione radicale di tutto il passato, ma si ricollegava piuttosto a tendenze di lungo periodo già manifestatesi nel corso dell'età precedente. I fatti davvero irrevocabili della nuova statualità – si scopre adesso – sono costituiti dal superamento della vecchia dialettica centro-periferia, dall'impianto geometrico dell'amministrazione territoriale, da un sistema delle fonti interamente statalizzato, dall'eliminazione del rilievo giuridico dei corpi intermedi – cioè da una serie di mutamenti infrastrutturali relativamente autonomi rispetto ai rivolgimenti che toccano il vertice costituzionale. Lo Stato 'moderno' è insomma una 'monarchia amministrativa'¹⁶; e il problema 'storiografico' che si pone al giurista è allora quello di capire quali tendenze profonde stiano dietro al suo processo di formazione, e quale sia stato il contributo rispettivo dell'antico regime e della Rivoluzione a questo sviluppo.

Una risposta autorevole a questo tipo di domande ci è offerta dai celebri articoli romagnosiani su *L'incivilimento italiano in relazione alla*

¹⁵ Sul rilievo 'costituzionale' di questi mutamenti cfr., in sintesi e per tutti, C. GHISALBERTI, *Dall'antico regime al 1848. Le origini costituzionali dell'Italia moderna*, Bari 1974, pp. 121 ss.

¹⁶ Sul significato di tale nozione – che non è, naturalmente, un concetto giuridico, ma una categoria storiografica costruita a posteriori – e sulla sua applicabilità al contesto italiano cfr. G. GALASSO, *La monarchia amministrativa e i governi restaurati*, in N. RAPONI (ed), *Dagli Stati preunitari all'unificazione*, Bologna 1981, pp. 209 ss. e R. FEOLA, *La monarchia amministrativa*, Napoli 1984 (quest'ultimo con esclusivo riferimento all'esperienza del Regno delle Due Sicilie).

*giurisprudenza*¹⁷; i quali, per quanto destinati ad un pubblico non strettamente specialistico, sono prima di tutto una specie di breviario storiografico ad uso e consumo del giurista della Restaurazione.

L'idea di fondo dell'opera è che la società politica, diversamente da ciò che avevano creduto i giusnaturalisti, è un'istituzione naturale, il cui effettivo modo di essere, peraltro, è un prodotto dello sviluppo storico. Quest'ultimo, a sua volta, è destinato per sua natura a svolgersi secondo fasi necessitate, seguendo un percorso perfettamente trasparente alla umana ragione. Lo Stato moderno – ultimo ed ancora non compiuto prodotto di questa vicenda – si costruisce attraverso tre momenti, che Romagnosi rispettivamente battezza 'periodo della concorrenza', 'del pareggiamento' e 'dell'assicurazione'¹⁸. Un primo saggio di questa sequenza è offerto dalla storia romana, il cui corso 'naturale' è stato tuttavia troncato dalla crisi del terzo secolo. A partire dalla 'barbarie di ritorno' la storia europea ripercorre di nuovo le medesime tre fasi, venendo a trovarsi adesso all'inizio della terza, in una posizione grosso modo speculare rispetto a quella occupata dall'impero prima dell'inizio del suo tracollo costituzionale. Il periodo della concorrenza corrisponde in sostanza all'età feudale (e, nella storia romana, all'età monarchica e repubblicana), cioè al consolidarsi di una quantità di 'piccole sovranità' politiche; il periodo del pareggiamento all'età delle monarchie assolute moderne ed alla fondazione dell'impero augusteo nell'ambito del mondo antico, quando le piccole signorie sono riassorbite all'interno di grandi contesti politici grazie ad una continua politica accentratrice sviluppata dai sovrani; mentre il periodo dell'assicurazione, che nell'evo antico non è riuscito a conseguire il proprio obiettivo storico e che nel nuovo corso si è aperto appunto con la fine del Settecento, non ha altro scopo che quello di consolidare l'equilibrio precedentemente raggiunto, per mezzo di assetti costituzionali che consentano al popolo un adeguato controllo sull'opera del monarca, onde evitare che, com'è già accaduto

¹⁷ Pubblicati nel 1829 sugli «Annali Universali di Statistica» furono poi raccolti in volume, con modifiche ed aggiunte, nel 1832 come nono tomo dell'edizione fiorentina generale delle opere romagnosiane, sotto il nuovo titolo *Dell'indole e dei fattori dell'incivilimento con esempio del suo risorgimento in Italia*. Dopo la morte dell'autore venne pure pubblicato uno scritto ulteriore sul medesimo tema, dal titolo *Vedute eminenti per amministrare l'economia dell'incivilimento*, come secondo volume di una successiva edizione generale degli scritti (Milano 1852).

¹⁸ G.D. ROMAGNOSI, *Vedute eminenti*, cit., p. 248.

sotto Diocleziano, l'assolutismo si trasformi in autocrazia e non riesca più a mantenere la coesione tra le varie componenti dello Stato ¹⁹.

Questa sequenza – che oltre a descrivere, mira anche a legittimare le diverse forme di assetto politico sulla base della loro adeguatezza relativa alle varie fasi dello sviluppo storico – non solo riassume l' 89 in una prospettiva di lunghissimo periodo, ma non ne fa neppure il momento-chiave di esso. La rivoluzione, a dispetto della sua fallace autocoscienza, non costituisce né la negazione di un passato inaccettabile, né il suo superamento dialettico, ma semplicemente il tentativo di «assicurare» un insieme di risultati sociali e politici sostanzialmente già raggiunti (le stesse istituzioni rappresentative svolgono, nel costituzionalismo romagnosiano, una funzione «assicuratrice» rispetto alla volontà del monarca, che continua a giocare un ruolo assolutamente protagonista) ²⁰. La direttrice lungo la quale si costruisce lo Stato moderno non è più quella, insomma, dispotismo - libertà, ma semmai un'altra segnata dalle coordinate particolarismo - organicismo, ordinamento consociativo - ordinamento soggettivato, società disgregata - società organizzata: in definitiva, secondo Romagnosi, la direttrice lungo la quale si è mossa la monarchia assoluta fin dal suo sorgere. «... Co'l convertire la primazia feudale in monarchica prerogativa ... il Monarca scaricò il popolo di un peso ch'egli non poteva trarsi di dosso» ²¹. Già ben prima di dotarsi di una costituzione formale lo Stato si presenta come una 'massa densa', grazie alla lenta ma inesorabile opera 'pareggiatrice' del principe, diretta ad erodere il mondo del privilegio.

Di per sé probabilmente non molto originale né perspicuo (un ripensamento avente ad oggetto il ruolo complessivo della monarchia as-

¹⁹ Romagnosi vede in effetti nell'impero romano da Augusto fino all'inizio del dominio un modello quasi ideale di monarchia temperata: ove il temperamento è costituito non solo e non tanto dalla presenza del Senato sul piano costituzionale, quanto dalle istituzioni municipali – che controbilanciano le tendenze accentriche dell'amministrazione imperiale – e dal diritto civile di fonte giurisprudenziale, che funge da limite materiale allo strapotere legislativo del principe. Non appena questi due contrappesi 'assicurativi' vengono meno, l'impero si converte in «un abbassamento di province aggiogate ad una servile amministrazione comandata dal palazzo», che ha già in partenza perduto la sua scommessa di mantenere l'unità dello Stato. Il riferimento ai rischi in cui incorrono i sovrani contemporanei è trasparente in ogni pagina, e del resto esplicitato sovente con parallelismi puntuali.

²⁰ Cfr. ad es. G. ASTUTI (ed), *Della costituzione di una monarchia nazionale rappresentativa (La scienza delle costituzioni)*, Roma 1937, pp. 236 ss.

²¹ G.D. ROMAGNOSI, *Vedute eminenti*, cit., p. 249.

soluta sta al centro di tutto il dibattito storiografico coevo: si pensi solo alla *Histoire de la civilisation* di Guizot²²), questo discorso, fatto da un giurista per altri giuristi, dà voce ad un'esigenza non superficiale della dottrina di chiarirsi le idee sul contributo dell'assolutismo alla costruzione dello Stato come spazio politico omogeneo.

La questione assume un ruolo non secondario nell'ambito della scuola napoletana di diritto amministrativo, fiorente fino alla vigilia dell'unificazione. Giovanni Manna, suo riconosciuto caposcuola, identifica senza incertezze il concetto stesso della statualità con quella che egli definisce una «gerarchia civile» – cioè con un apparato di governo territoriale centralizzato²³. Tale istituzione, secondo Manna, è mancata del tutto nell'ambito dell'esperienza degli Stati antichi, i quali conobbero soltanto «gerarchie locali». Lo stesso ordinamento pubblico romano si configura in sostanza fino alla fine come «un comune potentissimo opprimente una moltitudine di comuni meno forti». La struttura amministrativa romana non è altro che «una gerarchia locale gagliardissima» che «stendendo intorno le proprie braccia si sforza o di ispirare la sua medesima immagine ad altre associazioni minori privilegiate, ovvero di dominare la gerarchia qualunque fosse degli altri comuni conquistati col mezzo di delegati militari del municipio dominante»²⁴. Stesse considerazioni valgono per gli ordinamenti comunali del medio evo, «formati ... dalla prevalenza commerciale e militare d'un municipio sopra le terre e comuni circostanti», e che caddero al pari degli imperi dell'antichità perché «le loro membra erano così dissociate e dissipate» da non offrire all'edificio politico un grado sufficiente di coesione²⁵. Le

²² Che vide la luce tra il 1829 e il 1832 sotto il titolo di *Cours d'histoire moderne*, poi diviso nelle due parti *Histoire de la civilisation en France* e *en Europe* (in part. cfr., di quest'ultima, la lezione nona e quattordicesima: trad. it. di A. SARTTA, Torino 1956, pp. 155-179 e pp. 238-256).

²³ L'opera a cui ci riferiamo è la più nota di Manna, cioè i *Principii di diritto amministrativo*, riedizione postuma (Napoli 1876, con note dell'avv. G. TELESIO, voll. I e II) della prima parte di un più vasto trattato dal titolo *Il diritto amministrativo del Regno delle Due Sicilie*, uscito per la prima volta a Napoli tra il 1840 e il 1842 (notizie dettagliate in G. REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia. Profili di amministrativisti preorlandiani*, Bologna 1981, pp. 35-37). Per una panoramica d'insieme sul pensiero amministrativistico meridionale preunitario cfr. L. MARTONE, *La scienza amministrativa nel Regno delle Due Sicilie (1815-1848). Diritto e politica*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», XXIX, 1980, pp. 1052 ss.

²⁴ *Principii*, cit., I, p. 118.

²⁵ *Ibidem*, p. 119.

origini della centralizzazione – cioè dell'amministrazione, ed insieme dello Stato moderno – si riconnettono invece alla istituzione dei *regna* basso-medievali. Questi ultimi, nati, come quello meridionale, non da un'aggregazione progressiva di organizzazioni politiche preesistenti ma da grandi fenomeni migratori e di conquista, ricostruiscono «le società politiche d'Europa non più sul principio della prevalenza di un municipio sopra gli altri» ma sul fondamento di «una vera gerarchia centrale, destinata a raccogliere un'altra volta la moltitudine dissipata delle minori associazioni non più nell'interesse di una sola, ma nell'interesse comune di tutte»²⁶. In questa prospettiva, il primo passo verso l'erezione di una struttura amministrativa moderna è proprio il regime feudale: il quale comincerà poi ad essere soppiantato, a partire dalla fine del medio evo, da una più razionale «gerarchia delegata» direttamente dipendente dal monarca²⁷. L'età moderna, coincidente dunque con la lunga lotta tra magistrati regi e signori feudali, si conclude secondo Manna con la vittoria quasi completa del potere reale, salutata «con ardore e con incredibile soddisfazione» dai «comuni antichi e nuovi», che, inseriti nell'ambito dell'amministrazione centrale, godono ora di una autonomia molto maggiore di quella che non fosse loro concessa dalla vecchia feudalità locale.

Identificata così la modernità con l'esistenza di un apparato amministrativo, il problema della struttura costituzionale può essere del tutto accantonato, e la forma di governo monarchico-assoluta dichiarata perfettamente fungibile rispetto a qualsiasi altra²⁸.

Ora, però, chiamato a definire il momento preciso in cui questo processo di razionalizzazione si inverte compiutamente nel Regno, Manna non ha incertezze ad ammettere che solo con le riforme murattiane la monarchia può dire di aver raggiunto il suo scopo, riuscendo ad erigere

²⁶ *Ibidem*, p. 121.

²⁷ È dalla fine del medioevo, infatti, che «apparve in quasi tutto il territorio europeo una lotta acerba fra i monarchi, che miravano instancabilmente a costituire l'unità nazionale con una gerarchia territoriale legata per una perfetta subordinazione alla gerarchia centrale e l'aristocrazia feudale, la quale avendo fino allora servito allo stesso scopo senza volerlo, cominciava d'ora in poi quasi a discredersi ed a pretendere una indipendenza che avrebbe impedito il perfetto centralizzamento dei governi».

²⁸ *Ibidem*, pp. 47-48. L'essenziale è che venga comunque assicurata l'indipendenza del potere giudiziario, e che il principe si sforzi di acquisire, mediante un sistema di collegi consultivi, «quella pienezza di lumi e d'istruzione che negli stati rappresentativi si ottiene mediante le discussioni parlamentari».

un'amministrazione in senso soggettivo ed a separare il diritto pubblico dal privato²⁹. Senza il contributo esterno della Rivoluzione l'antico regime, afflitto da una quantità di contraddizioni insanabili, non avrebbe probabilmente mai tagliato il traguardo verso cui pure la sua stessa missione storica lo indirizzava. Ed a questa constatazione fanno eco vari altri esponenti della dottrina meridionale, come Cesare Marini (il quale rileva che fino alla fine del Settecento «l'ordine della pubblica amministrazione mancava affatto nel Regno. L'amministrazione civile propriamente detta, ignota a quei dì, non aveva né leggi, né ministri presso il Re, né magistrato nelle Provincie»³⁰) o come Gennaro de Cesare (che descrive l'ordinamento meridionale premurattiano come una struttura tipicamente consociativa, caratterizzata dall'assenza di qualunque comprensorio sovracomunale per l'esercizio delle funzioni statali decentrate, così che i «vincoli di dipendenza» delle «singole università» rispetto al centro erano sempre stati «deboli e poco attivi», mentre il territorio era controllato assai più dal «soverchiante poter baronale» che non dal «debole e scisso poter regio»³¹). Malata di patrimonialismo, ostacolata più che sorretta da una borghesia prevalentemente parasitaria, e priva in ogni caso di un'ideologia di carattere nazionale veramente mobilitante, la monarchia partenopea, a differenza delle sue grandi consorelle europee, giunge all'appuntamento col nuovo secolo esibendo un aspetto assai datato: sì che proprio lo scoccare dell'Ottocento segna per essa il momento del suo farsi Stato.

Una tale attenzione per la realtà positiva degli ordinamenti pre-ottocenteschi – caratteristica di una pubblicistica che come quella meridionale si sente fortemente partecipe, nel bene e nel male, di una tradizione statale autoctona – non si riscontra più nel resto della dottrina pre-unitaria; la quale tende a privilegiare, semmai, proseguendo lungo la linea indicata da Romagnosi, una 'storia di ragione' di carattere esclusivamente astratto, a cui affidare quella funzione 'fondante' della statualità moderna un tempo assolta dalla metafora del patto sociale³². Si deter-

²⁹ *Il diritto amministrativo del Regno delle Due Sicilie*, cit., I, pp. 28-33.

³⁰ C. MARINI, *Sul diritto pubblico e privato del Regno delle Due Sicilie, quale è stato fino al 1809, quale è al presente e quale potrà essere nel tempo avvenire. Riflessioni*, Napoli 1848, p. 70.

³¹ G. DE CESARE, *Sommario di diritto pubblico ed amministrativo secondo le leggi napoletane*, I, Napoli 1859, pp. 113-117.

³² Si veda per esempio in tal senso, nell'ambito delle giuspubblicistica piemontese (che assieme alla scuola napoletana costituisce l'altra esperienza accademica di rilie-

mina quindi una divaricazione tra l'immagine generica della monarchia 'assoluta' circolante un po' in tutta la letteratura politica europea dell'epoca, nella quale la dottrina riconosce un passaggio obbligato verso lo Stato contemporaneo, e quel «sistema di giurisdizioni particolari, di autonomie, di feudi di immunità»³³ che fino alla fine del XVIII secolo costituisce invece l'effettivo modo di essere dell'ordinamento pubblico nella nostra penisola. Lasciando l'indagine di questa contraddittoria e complessa nebulosa agli storici delle istituzioni e della società, i giuristi si appagarono di una rappresentazione dell'antico regime 'tagliata' sulla misura delle grandi esperienze europee; rappresentazione che andò poi colorandosi sempre più di una connotazione 'dispotica' e autoritaria, man mano che anche lo Stato italiano ottocentesco veniva scoprendo la propria vocazione liberale. Nella seconda metà del secolo, insomma, le due retropezioni della vecchia statualità che si è cercato fin qui di individuare tendono a sfumare i loro profili ed a fondersi in una immagine unitaria che fino ad oggi costituirà un luogo comune della dottrina.

3. A partire soprattutto dal momento in cui anche l'Italia raggiunge la propria unificazione politica all'insegna dello Statuto piemontese, i nostri giuristi non provano più nessun imbarazzo a riconoscere nella Rivoluzione il *dies a quo* dello Stato «moderno» – intendendo con ciò uno Stato con forma di governo costituzionalmente regolata – e dunque a recuperare integralmente, sotto questo profilo, il valore della 'rottura'³⁴. D'altra parte, si dà per pacificamente acquisito che già nel passato regime lo Stato si configurasse come una struttura burocratica concettual-

vo in questo ambito disciplinare prima dell'unità), l'opera di Soria (*Corso completo di diritto pubblico elementare*, Torino 1851-52, 3 voll.), che si apre con una vasta introduzione teorica incentrata sul tema dell'incivilimento; o quella di Lione (*Elementi di diritto amministrativo. Memorie delle lezioni ad uso degli studenti della facoltà legale*, Torino 1850) che, improntando le proprie categorie al magistero romagnosiano, tende a ricalcare pure le prospettive storico-sociologiche di questo.

³³ Così la storiografia attuale (G. CHITTOLINI, *Alcune considerazioni sulla storia politico-istituzionale del tardo medioevo: alle origini degli «stati regionali»*, in «Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento», II, 1976, p. 417).

³⁴ Cfr. in questo senso, per tutti, il chiarimento di un non-giurista molto vicino, però, al mondo dei giuristi: «lo Stato moderno non prende il nome, come la *storia* moderna, dalla Riforma o dal Rinascimento, ma dalla Rivoluzione inglese del 1688 e da quella francese del 1789» (A. BRUNIALTI, *Lo Stato moderno*, come prefazione al vol. VII della «Biblioteca di scienze politiche», Torino 1891, p. XXXI, richiamandosi a Bluntschli). La 'modernità' è risolta quindi senza residui in una vicenda di carattere costituzionale.

mente omogenea a quella degli ordinamenti pubblici attuali. Il modello dell'assolutismo evocato dalla giuspubblicistica matura risponde perciò a questi due caratteri essenziali: quello di un potere unitario che ha monopolizzato l'uso legale della forza e lo esercita tramite apparati propri, ubiquamente distribuiti sul territorio; e quello di una correlativa assenza di 'freni' e garanzie costituzionali nell'attività pubblica. «L'autorità regia, massime in Francia – rileva per esempio nel 1866 Federico Persico, amministrativista più di altri sensibile alla dimensione storico-critica – cominciò a imprimere più stabili orme e generali [rispetto allo Stato feudale], a sollevare le condizioni della borghesia, a ritirare in sé le concessioni e i privilegi già costituiti ai baroni. Questo indirizzo, seguito con costanza dai re, finì col tirare nell'orbita del potere regio tutti gli altri poteri»; e mentre «l'aristocrazia locale è disfatta ed assorbita, langue e si assidera anche la vita comunale», ad esclusivo vantaggio del monarca e dei suoi agenti immediati³⁵. Facendo integralmente proprie le conclusioni di Tocqueville, i nostri giuristi riconoscono sempre più nell'accentramento amministrativo della loro epoca un prodotto della monarchia continentale d'antico regime³⁶ (da questo punto di vista «la rivoluzione francese, che a prima fronte parve innovasse ogni cosa e operasse violentemente le sue riforme, non fece infatti che sotterrare degli ordini divenuti cadavere») ³⁷, mentre le sole vere novità dell'89 furono di ordine costituzionale e consistettero, in sostanza, nel regolamentare l'esercizio del nuovo tipo di potere pubblico unitario creato dall'assolutismo.

Costruito per lo più guardando all'esperienza francese, questo schizzo convenzionale dell'antica monarchia tende a perdere sempre più quel-

³⁵ F. PERSICO, *Principii di diritto amministrativo*, che qui citiamo dalla quarta edizione, Napoli 1890, t. I, p. 110.

³⁶ Si pensi soprattutto a G. DE GIOANNIS GIANQUINTO, *Nuovo diritto amministrativo d'Italia, informato al carattere nazionale e necessità di emanciparne la sposizione teorica dalle influenze prevalenti de' metodi stranieri*, Pavia 1864, pp. 40 ss.; il quale, riproducendo tra l'altro quasi letteralmente alcune opinioni romagnosiane, retrodata al Cinquecento francese l'invenzione «della amministrazione o principii di diritto amministrativo», di cui si vede la prima manifestazione in quella «fanciullesca tutela» a cui sono condannati gli organismi municipali a partire da quest'epoca. A differenza, del resto, della maggioranza della dottrina di quegli anni, Gianquinto revoca in dubbio la necessità storica del processo d'accentramento verificatosi sul continente e guarda invece con simpatia al modello anglosassone (preludendo alla prossima fortuna dell'opera di Gneist) anche se non lo considera trasponibile nell'ambito della realtà italiana.

³⁷ F. PERSICO, *Principii*, cit., t. I, p. 110.

la caratterizzazione almeno parzialmente positiva che la pubblicistica della Restaurazione non le aveva negato, accentuando invece un certo colore sinistro. «Burocrazia al centro, arbitrii, eccezioni, favori ovunque, ecco il riassunto del sistema» offerto ad esempio, alla fine del secolo, ai lettori della *Biblioteca* di Brunialti. L'assolutismo è ridotto ad «un accentramento grossolano, senza controllo, senza uniformità», che dissemina «per tutto il territorio un esercito di piccoli pascià, i quali decidono come giudici le contestazioni che hanno come parti, regnano per autorità delegata e tutte le insolenze e dissipazioni loro giustificano nel nome del Re, che è costretto a lasciarli fare»³⁸. L'interpretazione che fa testo negli ultimi decenni del secolo è ormai quella di Taine: nate da una degenerazione dello Stato di stati tardo-medievale, tutte le monarchie assolute sono regimi strutturalmente malati, la cui parabola storica si riassume in una ineluttabile decadenza, fino al disastro finale. Di contro all'interesse che i costituzionalisti dimostrano per il funzionamento dei regni medievali o delle democrazie comunali, solo pochi cenni sono riservati ai grandi ordinamenti dell'età moderna, e sempre per sottolinearne polemicamente i due caratteri dell'accentramento e dell'arbitrio³⁹. Così, ad esempio, il manuale di storia del diritto pubblico di Carlo Calisse da un lato constata che nelle monarchie moderne «gli ordinamenti antichi sono caduti, i nuovi sono opera del principe, che egli solo regge, perché egli solo, conoscendo ciò che gli giova, può conoscere i bisogni dello Stato ed opportunamente provvedere»; mentre dall'altro osserva che «questo eccessivo accentramento distrugge il concetto di uno Stato organico ... di uno stato etico, di uno stato di diritto, quale pure si era avuto ... nel medioevo ... nel quale le varie parti, armonicamente collegate tra loro e col capo, abbiano il conveniente sviluppo delle loro forze»⁴⁰.

D'altra parte, viziosi e malati quanto si vuole, questi ordinamenti hanno però prodotto un assetto di potere ormai non più disponibile (*bon gré, mal gré*) da parte della contemporaneità⁴¹. Il compito dell'Ottocento, pur con tutta la sua simpatia per gli Stati organici del medioevo o per il

³⁸ A. BRUNIALTI, *Le forme di governo*, come prefazione al vol. II della «Biblioteca di scienze politiche», Torino 1886, p. LXXV.

³⁹ Esempio in tal senso L. PALMA, *Corso di diritto costituzionale*, Firenze 1883³, I, p. 317.

⁴⁰ C. CALISSE, *Storia del diritto italiano*, II: *Diritto pubblico*, Firenze 1891, p. 293.

⁴¹ Lo stesso Calisse or ora citato si affrettava ad aggiungere che, con tutti i suoi limiti, lo «Stato principesco» è «in molti casi precursore ... degli Stati moderni», se non altro

selfgovernment anglosassone, non può esser quello di riportare indietro la storia, negando radicalmente l'accentramento come forma di organizzazione politica, ma di superarne dialetticamente i limiti attraverso una nuova forma di Stato.

Quest'ultimo passaggio logico, implicito ma evidentissimo nella sequenza argomentativa dei nostri giuristi, assegna appunto a queste retropezioni della vecchia monarchia un ruolo essenziale nella costruzione giuridica. Meno che mai interessati a comprendere la reale fisionomia dello Stato d'antico regime, essi hanno però un assoluto bisogno di presupporla rispetto al presente, e di presupporla con i caratteri su descritti: pena la perdita di credibilità dell'edificio dogmatico che vanno erigendo in questi anni.

Il modello di statualità che va per la maggiore, infatti, nell'ultimo ventennio dell'Ottocento è quello reso popolare dalla pubblicistica tedesca dei vari Gerber, Laband, Bluntschli, Gneist. Acclarato definitivamente che la sovranità dello Stato non consiste in una volontà collettiva autoconsapevole (nella duplice versione di 'popolare' o 'nazionale' alternativamente proposta dalla tradizione rivoluzionaria francese) si riconosce ora che ogni Stato è sovrano per il suo stesso porsi come istituzione storica, indipendentemente dalla forma costituzionale adottata («per grandi che possano sembrare le differenze tra uno Stato teocratico e legittimista o radicale o liberale, il principio sovrano onde la personalità dello Stato si afferma non può variare in nessuno di essi»⁴², essendo costituito in ogni caso dalla sua semplice positività, o tutt'al più da quel consenso implicito, di matrice vagamente savigniana, che il «popolo» manifesta nei confronti delle proprie istituzioni per il fatto stesso di tollerarne la sussistenza). Le differenze tra le varie forme statuali non stanno dunque nel loro principio di legittimazione, che è sempre lo stesso, ma nel modo di esercizio del potere e nella diversa specificità dei fini che quel potere si propone.

Ora, l'espressione 'Stato di diritto', atta a connotare appunto lo Stato occidentale contemporaneo («moderno»), pur priva di un significato formale ben definito nella nostra pubblicistica, individua all'ingrosso la specificità delle organizzazioni politiche attuali nel fatto che esse prov-

per la netta separazione che esso realizza tra società e Stato: «da un lato vi è il principe, lo stato, il diritto, la forza: dall'altro i sudditi, il popolo, il dovere, la dipendenza, e tutt'al più vi sono dei privilegi» (*ibidem*).

⁴² V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze 1919⁵ (1888¹), p. 60.

vedono «secondo legge a tutti gli interessi collettivi»⁴³; e ciò di contro, quindi, ad uno 'Stato di polizia' sei-settecentesco in cui il potere si prefiggeva sempre, sì, di soddisfare un gran numero di interessi collettivi, ma muovendosi in uno spazio completamente vuoto di diritto, senza riconoscere alcun vincolo esternamente rilevante rispetto al suo divenire⁴⁴. La direttrice della modernità non è più rinvenuta nel binomio particolarismo-unitarismo, e neppure in quello dispotismo-libertà, bensì nella contrapposizione arbitrio-garanzia (componente classica di tutto quanto il pensiero liberale ottocentesco, certo, ma che ora deve sopportare per intero la fatica di legittimare storicamente l'ordine esistente). L'essenza della statualità contemporanea si riduce insomma senza residui all'idea di un potere che si esercita secondo regole certe, di cui i cittadini possono reclamare l'osservanza tramite appositi strumenti di tutela. Il che rende imprescindibile, per dare significato al costruito, immaginare un 'prima' in cui l'attività pubblica è già tutta 'potere' (come oggi), ma potere incontrollato, potere 'confuso' e non ripartito, potere arbitrario⁴⁵. Lo Stato d'antico regime è dunque lo stesso Stato contemporaneo e non tutto il complesso di garanzie costituzionali ed amministrative che in esso accompagnano l'esercizio dell'autorità. Là dove oggi ci sono tre poteri, se ne trova uno solo e indifferenziato; là dove oggi, quindi, si riscontrano diverse specie di atti di pubblico potere gerarchicamente ordinati, se ne scopre un'unica categoria promiscua, fondata sul principio «quod principi placuit»⁴⁶; là dove oggi, proprio grazie a queste differenziazioni, il cittadino può far valere certi diritti di

⁴³ Così, ancora, la definizione brunaltiana (*Lo Stato moderno*, cit., p. LXXV). Una disamina dei significati dell'espressione nella nostra dottrina pubblicistica classica è stata fatta a suo tempo da Giannini, nei già citati *Profili storici*, con correlativi rilievi critici.

⁴⁴ A. BRUNIALTI, *Lo Stato moderno*, cit., p. LXXV.

⁴⁵ Questa esigenza nasce insomma dallo stesso distinguo tra *Verwaltung* e *Verfassung* (originaria e necessaria la prima, secondaria ed accessoria la seconda) su cui la dottrina appoggia ora tutto il suo nuovo edificio. Una volta ammesso che per 'costituzione' si deve intendere soltanto «un insieme di regole, di garanzie e di controlli che assicurino la maggiore rispondenza possibile fra gli istituti politici e l'indirizzo governativo da un lato, e il sentimento popolare dall'altro lato», se ne evince l'esistenza di una 'amministrazione' come complesso di «istituti» – appunto – a carattere originario, non creati, ma 'trovati' dalla carta costituzionale, e dunque in qualche modo preesistenti (per tutti cfr. V.E. ORLANDO, *Introduzione al diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Milano 1900, p. 24).

⁴⁶ Così ancora Orlando, nei *Principii di diritto amministrativo*, Firenze 1891, p. 300, che attribuisce questa struttura funzionale a tutti gli ordinamenti pubblici «dispotici».

origine legale di fronte all'amministrazione, utilizzando appositi strumenti di tutela, si segnala il passivo soggiacere del suddito rispetto ad ogni atto a contenuto imperativo⁴⁷. Per converso, si attribuiscono al vecchio Stato assoluto (in maniera magari implicita ma altamente cogente) i caratteri di un indefinito volontarismo, di una illimitata vocazione 'amministrativa', di una forte radicazione sul territorio.

Il limite storico dello Stato d'antico regime, in conclusione, non consiste certo nel non essere ancora 'abbastanza' Stato, ma nell'esserlo 'troppo', nel non voler riconoscere alcun limite alla propria statualità. La grande novità dell'Ottocento è stata quella di aver introdotto principi come la separazione o l'autolimitazione del potere, che ne riducono l'indeterminata latitudine originaria e lo rendono ragionevolmente sopportabile ai consociati⁴⁸.

Questa rappresentazione verrà esplicitata nelle sue forme forse più classiche verso la fine del secolo nell'opera di Otto Mayer, la cui diffusione in Italia coincide con il decollo della grande dogmatica contemporanea. L'efficacissima e lucida tipizzazione storica delle forme di Stato contenuta nei primi capitoli del *Deutsches Verwaltungsrecht* costituirà fino ai giorni nostri un punto di riferimento comune a tutta la gius-

⁴⁷ Così, tra i tanti, O. RANELLETTI, *Per la distinzione degli atti d'impero e di gestione*, ora in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto pubblico in onore di Vittorio Scialoja*, Milano 1905, I, pp. 703 ss.; ove si riconosce la specificità della monarchia assoluta rispetto agli ordinamenti contemporanei proprio nel fatto che essa non ha una vera personalità di diritto pubblico, giacché ogni sua manifestazione imperativa non dà luogo ad alcuna responsabilità rispetto ai governati. Lo Stato attuale, viceversa, attraverso il meccanismo della separazione dei poteri, si autoriconosce parzialmente come 'persona' in quanto ha assoggettato una parte della propria attività al sindacato del giudice (ordinario o amministrativo) e dunque entra effettivamente in 'rapporto giuridico' col cittadino nella misura in cui agisce autoritativamente come 'amministrazione' (V.E. ORLANDO, *La personalità giuridica dello Stato*, capitolo aggiunto alla trad. it. di G. JELLINEK, *Dottrina generale dello Stato*, Milano 1921, p. 680 ss.).

⁴⁸ Tutti i corollari della antica indefinitezza del potere si sogliono di solito riassumere, dalla fine dell'Ottocento in poi, nella osservazione secondo la quale il diritto amministrativo è una creazione originale del nuovo secolo, né può essere esistito alcunché di simile ad esso sotto i regimi previgenti (cfr. ad. es. M. HAURIOU, *De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII*, Parigi 1893, pp. 5-6; V.E. ORLANDO, *Teorie fondamentali*, cit., pp. 44 ss.; e recentemente G. CANNADA BARTOLI, «*Vanum disputare de potestate*». *Riflessioni sul diritto amministrativo*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano 1988, III, pp. 187 ss., ove si insiste particolarmente sul motivo, peraltro assai ricevuto, del nesso necessario diritto amministrativo - giustizia amministrativa).

pubblicistica⁴⁹. Alla complessa architettura dello Stato giurisdizionale basso- medievale, ricostruita sulla scorta della processualistica dell' *usus modernus*, l'autore contrappone la scheletrica linearità del *Polizeistaat* sei-settecentesco, che, trovando i suoi archetipi nella Prussia di Federico II e nella Francia degli ultimi Borbone, si fonda sulla omologazione del potere del funzionario rispetto a quello del principe e sul rigido rapporto di gerarchia che lega la nuova burocrazia al sovrano. Ben distinta dalle autorità di carattere giudiziario, questa struttura esecutiva costituisce già un' 'amministrazione' in senso tecnico, operante attraverso atti autoritativi irriducibili al modulo della sentenza in quanto non diretti a 'dire' il diritto, ma ad «accomplisser les buts de l'Etat» (*Polizeiordnungen*). Il contributo dell'Ottocento, nel momento in cui ha ereditato dalla vecchia monarchia questo prodigioso manufatto, è consistito soltanto nell'immergerlo entro la grande vasca della legalità, affinché esso continuasse ad assolvere agli stessi compiti di prima nutrendosi di un nuovo liquido amniotico, capace di preservarlo dall'arbitrio.

Proprio nell'esaltare, perciò, le differenze tra antico e nuovo regime, tra mondo dell'arbitrio e mondo del potere legale, si danno per acquisite una serie di continuità che sono, a ben guardare, assai più decisive⁵⁰. I due modelli di Stato sono presentati, in realtà, come un'unica sostanza omogenea contenuta in due forme distinte: ove l'omogeneità di fondo è data dalla persistenza di una amministrazione gerarchizzata, impegnata nella realizzazione esclusiva di fini pubblici e dotata a questo ef-

⁴⁹ *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig 1895, I, pp. 23-66 (poi anche in trad. francese a cura dell'autore, *Le droit administratif allemand*, Paris 1903).

⁵⁰ Soprattutto quando si confrontino le due forme di Stato più evolute con il *Justizstaat* tardo medioevale. Dal punto di vista, ad esempio, dei rapporti Stato-cittadino è evidente che sia nello Stato di polizia come nello Stato di diritto l'individuo è soltanto un suddito rispetto al potere (ancorché nel primo caso privo di tutela, nel secondo invece variamente garantito), mentre nello Stato giurisdizionale (o feudale) egli si pone di fronte al principe nella posizione di un 'contraente', che trae dal diritto oggettivo prepolitico una serie di posizioni di cui il titolare dell'autorità non può per definizione disporre (in questo senso appunto S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbietivi*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, cit., I, p. 151, sviluppando motivi mayeriani). L'unica area in cui, sia nello Stato di polizia come in quello di diritto, l'individuo conserva una posizione per certi versi analoga è quella dei rapporti patrimoniali, in cui lo Stato non si presenta come potere ma come semplice fisco (cfr. per tutti G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, Firenze 1891, III, p. 432; nonché F. CAMMEO, *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d. [ma 1910], pp. 189 ss., ove si riprendono le linee essenziali della dottrina del fisco di origine germanica).

fetto di forti poteri imperativi. Sia qui che là il cuore dello Stato è costituito da questo potere pubblico 'puro', funzionalizzato a conseguire autoritativamente gli obbiettivi fissati dal vertice politico; rispetto ad esso, il potere legislativo e quello giudiziario non sono che delle scorporazioni realizzate a scopo garantistico, ma non indispensabili alla pensabilità del soggetto pubblico. Lo Stato d'antico regime è insomma il nucleo duro e indisponibile dello Stato attuale, quello che lo fa essere un 'vero' Stato.

In sostanza: al centro della nuova dogmatica pubblicistica sta ora il potere amministrativo, come potere 'originario' in senso logico (tale cioè da non dover rinviare, per attingere la propria legittimazione giuridica, ad alcun principio esterno a sé). Il che induce subito i giuristi a ritenerlo 'originario' anche in senso storico, rispetto agli altri elementi dello Stato che essi hanno sotto gli occhi.

A distanza di un secolo questa rappresentazione continua a condizionare profondamente la mentalità dei giuristi contemporanei. Essa coglie certamente un aspetto significativo della realtà storica (quello che più colpiva la sensibilità del giurista ottocentesco, impegnato a mediare tra la libertà dell'amministrazione e la libertà del cittadino): cioè la tendenza della vecchia monarchia a strutturarsi in Stato amministrativo e burocratico ed insieme la sua scarsa considerazione per i diritti individuali. È anche vero, però, che il modello, enfatizzando al massimo una delle facce dello Stato d'antico regime, ne relega nell'ombra altre, forse ormai recessive nell'ambito del più maturo assolutismo tedesco, ma non certo egualmente in Francia e tanto meno in Italia. I nostri Stati regionali, in particolare, se 'letti' attraverso la griglia proposta dalla dottrina tedesca, presentano fino all'antivigilia della Rivoluzione un aspetto per parecchi versi molto più vicino allo schema del *Justizstaat* che non a quello dello Stato di polizia. Nessuno dei nostri giuristi tardo-ottocenteschi si dette la pena, naturalmente, di chinarsi sulla realtà storica autoctona per compiere una simile verifica, e magari per costruire una diversa modellizzazione, capace di individuare una 'via italiana' allo Stato moderno. Dopo aver preso a prestito dalla Francia le soluzioni istituzionali e dalla Germania quelle teoriche ai problemi della statualità e dell'amministrazione, essi non poterono che appropriarsi anche delle stesse rappresentazioni di sviluppo storico elaborate per quei Paesi, elevandole a veri e propri schemi universali di riferimento. Si ottenne perciò un'immagine generica e monodimensionale dell'antico regime, fatta tutta di monarchi che

«governano in modo assoluto deputando qua e là a governare, a mantenere e a difendere la loro autorità, nelle singole città e nelle terre loro soggette, o i signori antichi o i propri luogotenenti, podestà, visconti, rettori ... incaricati, identificato lo Stato col principe e ridotti i magistrati a ciechi strumenti di quest'ultimo, di promuovere il suo interesse, di fare dell'interesse di questo il fine del loro locale governo, dipendenti assolutamente dal principe che, come a suo piacere li nomina, a suo piacere li può anche revocare»⁵¹.

Naturalmente, posto che il giurista non è uno storico, non si tratta qui di rilevare ingenerosamente la scarsa puntualità o verisimiglianza di squarci del genere. Il problema è un altro: ed è quello della totale indisponibilità della dottrina ad ipotizzare che tra antico regime e contemporaneità potesse esistere una relazione diversa da quella arbitrio-garanzia. Giocando tutto il senso del trapasso su quel binomio si davano implicitamente come già avvenute nel corso dei secoli precedenti tutta una serie di trasformazioni di ben maggiore rilievo, che venivano in questo modo presentate come dati di fatto strutturali e perciò tendenzialmente sottratti ad ogni critica storica.

In primo luogo si presupponeva che i secoli dell'età moderna avessero già risolto per conto loro il problema dei rapporti centro-periferia secondo una formula di tipo ottocentesco – cioè erigendo un'amministrazione unitaria al posto di una nebulosa di ordinamenti particolari, ed affidando ad essa l'assolvimento di compiti pubblici per l'avanti o non assunti da alcuno o espletati autonomamente dalle vecchie comunità preesistenti. Senza dubitare che l'antico regime ovunque già conoscesse la istituzione della «provincia», intesa come «divisione territoriale ed amministrativa dello Stato», si vedeva quest'ultimo impegnato in un grande sforzo di smantellamento della vecchia organizzazione del territorio tipica del *regnum* basso-medievale, con correlativa ridefinizione di nuovi assetti istituzionali⁵².

Al contrario, nella realtà politica della nostra penisola (come del resto, anche se in diversa misura, in tutta quanta l'area europea interessata dal consolidamento dell'assolutismo)⁵³ fino all'ultimo scorcio del Settecento il vero obiettivo del principe non fu quasi mai quello di soppri-

⁵¹ T. MARCHI, *Gli uffici locali dell'amministrazione generale dello Stato*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, cit., II, 1, Milano 1907, p. 73.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Basti richiamare sul punto le note pagine di G. OESTREICH, *Problemi di struttura dell'assolutismo europeo*, in E. ROTELLI - P. SCHIERA (edd), *Lo Stato moderno*, I, Bologna 1971.

mere i corpi intermedi (di natura territoriale o funzionale) di cui il suo Stato era cointessuto, per sostituirli o riassorbirli in una nuova amministrazione centralizzata; bensì quello di 'disciplinarne' i comportamenti politici e finanziari attraverso un complesso sistema di controlli, fino a manovrarli in modo che essi perseguissero quegli scopi soltanto che egli preselezionava e imponeva. Lungi dall'espropriarli dei loro compiti storici, il sovrano gliene venne assegnando sempre di nuovi, valorizzandone al massimo la soggettività formale nel mentre che ne schiacciava l'autonomia. Questo consentì ai giuristi del tardo diritto comune di mantenere in piedi fino alla fine del Settecento l'antica immagine dello Stato basso-medievale come ordinamento 'federativo' e 'pluralistico'⁵⁴, senza che ciò contraddicesse in alcun modo al progetto politico del sovrano, destinato appunto a realizzarsi non contro, ma per mezzo, in funzione e grazie alle consociazioni particolari.

Fu l'assolutismo, certo, ad 'inventare' l'accentramento amministrativo; ma non quello che la dottrina dell'Ottocento aveva sotto gli occhi e che era in definitiva un prodotto specifico del legislatore rivoluzionario e napoleonico. L'accentramento del vecchio monarca tendeva infatti a risolversi integralmente nella forma di un controllo 'tutorio', cioè in un'attività destinata ad esercitarsi, secondo la dottrina, nell'interesse esclusivo degli enti controllati⁵⁵. Pur mirando, quindi, alla soddisfa-

⁵⁴ Il profondo radicamento di una rappresentazione di questo tipo – e la sua aderenza alle esigenze della realtà effettuale – appare evidente a chiunque si metta a sfogliare la giurisprudenza dei 'grandi tribunali' sei-settecenteschi; ove quasi ogni problema giuridico attinente al governo del territorio – a cominciare, naturalmente, da quelli relativi alla concorrenza tra fonti giuridiche di diverso livello – veniva risolto ricorrendo alla dottrina dei «foedera civitatum» che i giuristi vincevano, a parire dalle origini della scuola, dal testo romano e dalle narrazioni degli storici antichi. Una ricerca in corso a cura di chi scrive, avente ad oggetto la giurisprudenza 'pubblicistica' della Rota fiorentina e di altre grandi magistrature medicee, dovrebbe appunto dimostrare la piena compatibilità tra questo tipo di concezione e gli obiettivi perseguiti dall'assolutismo nell'ambito di un contesto abbastanza esemplare, come quello del Granducato di Toscana.

⁵⁵ Anche qui ci è impossibile fornire riferimenti dottrinali specifici, che richiedono una disamina delle fonti di tipo necessariamente analitico. Basti comunque ricordare come in quasi tutti gli Stati italiani d'antico regime l'attività di governo del territorio venga svolta (e tendenzialmente esaurita) da quello che oggi chiameremmo appunto un organismo di controllo (dal Magistrato Camerale milanese ai Nove Conservatori fiorentini, dalla Camera della Sommaria napoletana al Buon Governo modenese, dalla pontificia Congregazione del Buon Governo alla Delegazione generale piemontese), destinato ovunque a regolare e ad indirizzare coattivamente la capacità di spesa delle *civitates subiectae* secondo obiettivi predeterminati dal centro. La giurisprudenza di

ne di una quantità di nuovi bisogni dei sudditi, lo Stato non si assegnava per questo alcuna ordinaria responsabilità diretta in ordine alla produzione di quelle utilità: l'onere correlativo e molto spesso la gestione stessa delle attività restando a carico delle singole frazioni territoriali.

Parallelamente, chi consulti le fonti dottrinali e giurisprudenziali del tardo diritto comune si accorge di come, nei nostri ordinamenti pubblici, risulti tutt'altro che facile individuare un'attività corrispondente alla *Polizei* germanica, a cui assegnare il ruolo di progenitrice della attuale 'funzione amministrativa' (se con ciò si intende, all'ingrosso, un'attività esercibile solo da soggetti estranei all'ordine giudiziario, mediante atti imperativi non diretti a sanzionare illeciti, ma a realizzare l'interesse pubblico disponendo unilateralmente dei diritti dei sudditi).

La dottrina ottocentesca ricavava l'esistenza di un'attività consimile negli ordinamenti pre-ottocenteschi (attività «essentiellement discrétionnaire, ... pas contenue par aucune règle juridique») ⁵⁶ dagli indefiniti poteri autoritativi spettanti al principe: il quale attraverso i propri atti, atipici e insindacabili, poteva derogare liberamente allo *ius inventum* e quindi anche ai diritti dei sudditi, sia legiferando in via generale, sia emanando disposizioni a fattispecie individuale e concreta. Tale potere – si rilevava – era comunicabile agli apparati subalterni (e quindi si trasformava da costituzionale in amministrativo) tramite lo strumento delle commissioni procuratorie, grazie al quale il monarca assoluto disseminava sul territorio una quantità di 'piccoli principi', che trovavano nella figura dell'intendente provinciale francese il loro più celebre archetipo.

Questa ricostruzione, su cui concordano in sostanza sia la dottrina francese che quella tedesca, già nell'ambito di quelle più evolute realtà statuali lascia aperti alcuni problemi. Uno dei quali emerge, per esempio, nel momento in cui si domandi se veramente questo potere 'commesso', nella coscienza dei contemporanei d'allora, fosse qualcosa di qualitativamente diverso rispetto a quello 'delegato' permanentemente a seguito dell'erezione di un ufficio (nel quale si riconosce di solito il potere giurisdizionale). Come si sa, secondo la tradizionale teoria delle

queste strutture – che acquistano un ruolo veramente portante nell'ambito dell'organizzazione dello Stato moderno –, finora poco o punto studiata dal punto di vista formale, già ad un primo, sommarissimo esame sembra rivelare una serie di analogie e di principii comuni che potrebbe valer la pena di meglio indagare.

⁵⁶ Così M.H. BÉRTHÉLÉMY, nella sua *Préface* alla traduzione già citata dell'opera di Mayer del 1903, p. I.

pubbliche funzioni elaborata dalla dottrina del diritto comune, tutto il potere degli apparati era ricondotto ad un unico comun denominatore – cioè al concetto di *jurisdiction*, con cui si esprimeva il necessario collegamento di ogni atto imperativo con la dichiarazione di una norma e/ o con la risoluzione di una controversia⁵⁷. Ora, questa concezione del potere pubblico, straordinariamente dura a morire, continua a mantenere anche durante il corso dell'età moderna una certa pretesa di 'coprire' integralmente il 'farsi' dell'autorità degli apparati, indipendentemente dai fini a cui essa si rivolge. Non solo, dunque, ancora alla fine del Settecento francese è perfettamente naturale iscrivere entro il concetto onnicomprensivo di *jurisdiction* ogni funzione delegata di *police* e *finance* (accanto a quelle tradizionali di *justice*)⁵⁸; ma è pure assiomatico che entro il medesimo concetto formale debba trovar posto la stessa attività svolta dai *commissaires*. «Ce n'est pas par les fonctions ny par l'usage de l'autorité que ces Commissions ... sont distinguées des Charges», rilevava Jean Domat, ma solo per il fatto che le prime sono revocabili *ad nutum* e le seconde invece «perpetuelles»⁵⁹. Nel corso del Settecento, certo, il processo di differenziazione funzionale compì passi decisivi, fino ad attribuire al lessema «administration publique» lo stesso significato che gli sarà riconosciuto nel secolo successivo⁶⁰. Ma se ci volgiamo all'Italia, ove l'indistinzione tra ruoli giurisdizionali ed am-

⁵⁷ Sul tema cfr. per tutti P. COSTA, *Jurisdiction. Semantica del potere politico nella giurispubblicistica medievale*, Milano 1968, e A.M. HESPANHA, *Représentation dogmatique et projets de pouvoir. Les outils conceptuels des juristes de jus commune dans le domaine de l'administration*, in *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime. Europäische Ansichten*, («Jus Commune», Sonderheft 21), Frankfurt a. Main 1984, p. 1 ss.

⁵⁸ Così J. DOMAT, *Le Droit Public, suite des Loix civiles dans leur ordre naturel*, (1697¹), L. II, tit. I, sect. I e II; Domat constata, in particolare, come nell'ordinamento positivo del suo tempo non esista alcun ufficio subordinato (compresi quelli di 'police') a cui non siano connesse funzioni di «jurisdiction contentieuse»: fino a presentare la «jurisdiction volontaire» – concetto a cui egli fa corrispondere, all'ingrosso, la nostra 'amministrazione attiva' – come una derivazione concettuale di quel potere di giudicare che conserva nel suo discorso un indiscusso primato.

⁵⁹ *Ibidem*. Già Olivier Martin, del resto, ammoniva la storiografia contemporanea a guardarsi dal riconoscere nei «commissaires departis» e negli altri funzionari titolari di commissioni regie degli 'amministratori' di tipo ottocentesco, avvertendo che tutta la loro attività si svolgeva secondo modalità di tipo giurisdizionale e seguendo procedure altamente formalizzate (*Cours d'histoire du droit public: la police économique sous l'ancien régime*. Cours de Doctorat 1954-55, polycopié, pp. 25-26).

⁶⁰ Per tutti cfr. J.L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris 1985, pp. 165-167.

ministrativi fu una costante istituzionale di quasi tutti gli ordinamenti pubblici fino agli ultimi decenni del XVIII secolo, è impossibile modellizzare l'attività amministrativa secondo lo schema di un 'libero comando', e bisogna giocoforza ammettere di trovarsi ancora di fronte ad una amministrazione giustiziale, destinata a svolgersi con procedure e metodi di tipo processuale ⁶¹.

Tale carattere non fu (né poteva essere) colto dalla dottrina ottocentesca, che, in quella indistinzione di ruoli vedeva semplicemente una 'confusione di poteri' – cioè un assetto deteriore, per definizione privo di ogni logica e quindi di ogni leggibilità. Il che non era altro, però, che una petizione di principio. Come una petizione di principio si è rivelata, alla luce dei successivi progressi della teoria generale, l'idea stessa che la funzione amministrativa costituisca un elemento necessario di ogni Stato 'moderno'. A partire almeno dagli studi di Kelsen ⁶² si sa che niente vieta di immaginare, in linea teorica, uno Stato dai compiti infinitamente sviluppati e complessi il quale pure li assolva interamente in parte tramite atti giurisdizionali e in parte tramite atti di diritto comune, senza bisogno di ricorrere ad una funzione amministrativa in senso tecnico. La quale può anzi essere considerata come un accidente storico dello Stato continentale (prova ne sia che gli ordinamenti anglosassoni contemporanei l'hanno a lungo ignorata ed ancor oggi non indicano in essa un elemento imprescindibile della loro identità); mentre il nucleo duro e davvero irriducibile del potere è costituito dall'attività giurisdizionale, che d'altra parte non conosce limiti definiti alla propria flessibilità.

Questi rilievi stimolano lo storico a fissare la sua attenzione proprio su quella parte dello Stato d'antico regime che non si è ancora trasformato in 'amministrazione', per cercare di recuperare la razionalità relativa di quell' 'amministrare giudicando' ed il senso di una relazione tra governanti e governati che ancora si risolve in rapporto processuale. Con ciò naturalmente non si vuol certo proporre alcun recupero di carattere 'ideologico' dell'antica amministrazione giustiziale rispetto al nuovo

⁶¹ Per uno svolgimento di questa tematica si rinvia ad un altro nostro lavoro (L. MANNORI, *Per una 'preistoria' della funzione amministrativa. Cultura giuridica ed attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comunale*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XIX, 1990, pp. 323 ss.)

⁶² Cfr. per es. *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato e Giurisdizione e amministrazione*, ora in H. KELSEN, *Il primato del Parlamento*, a cura di C. GERACI, Milano 1982, pp. 77-120 e 121-155.

modello di apparato che viene maturando nel corso del XVIII secolo; né tantomeno suggerire (seppur sommessamente) che gli ordinamenti pre-ottocenteschi potessero essere più 'garantisti' di quel che si è sempre creduto (ché anzi la pretesa del potere di parlare con la voce del diritto e di realizzare sempre e soltanto interessi obbiettivati schiacciava ancor di più la posizione dell'amministrato di quanto non possa fare qualsiasi amministrazione 'soggettivata'). Si tratta semplicemente di evidenziare meglio una dimensione essenziale della statualità d'antico regime, che la storiografia giuridica, indirizzata in altro senso dalla dogmatica giuspubblicistica del secolo scorso, ha a lungo ignorato più o meno inconsapevolmente. Ed in secondo luogo di contribuire a storicizzare in maniera compiuta e definitiva il concetto stesso di funzione amministrativa tramandatoci dall'Ottocento, in un momento in cui i giuristi di oggi ne avvertono sempre più l'inadeguatezza ad esprimere il reale modo di essere dell'attività pubblica.